

Florian Schwab

Der Europäische Gerichtshof
und der
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz:
Untersuchung der Prüfungsdichte

Insbesondere in der Gegenüberstellung der
Kontrolle von Gemeinschaftsakten und von
Maßnahmen der Mitgliedstaaten



PETER LANG
Europäischer Verlag der Wissenschaften



Inhaltsverzeichnis

VORWORT	7
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	25
EINLEITUNG	29
A. Problemstellung	29
I. Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der europarechtlichen Rechtspraxis	29
II. Gegenstand der Arbeit	30
1. notwendige Beschränkung des Untersuchungsansatzes	30
2. konkrete Fragestellung	31
B. Rechtstechnische Grundlagen der Verhältnismäßigkeit	32
I. Definition des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes iwS.	32
1. klassischer Zusammenhang – anti-hoheitliche, individualfreiheitswahrende Ausrichtung	33
2. komplexer Abwägungsgegenstand - erweiterte Interessenbewertung im gemeinschaftlichen Kontext	34
a. Interessenkonstellation bei der Kontrolle eines Gemeinschaftsakts	34
b. Interessenkonstellation im Fall der Überprüfung einer mitgliedstaatlichen Maßnahme	35
c. Verhältnismäßigkeit als Rechtsinstrument des EuGH in seiner Doppelfunktion als Verfassungs- und Verwaltungsgericht	35
3. Verhältnismäßigkeit als Rechtsinstrument des EuGH in seiner Doppelfunktion als Verfassungs- und Verwaltungsgericht	36
II. Gemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlage der Verhältnismäßigkeit	36
III. drei Teilstufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung	37
1. unscharfe, uneinheitliche Terminologie des Gerichtshofs	38
2. Definition von Generalanwälten	39
a. GA van Gerven in Stoke-on-Trent	39
b. GA Jacobs in Faust und GA Mischo in Fedesa	39
3. Handhabung in der Literatur	40
a. abstrakte, rechtssystematische Definition	40
b. teilweise Defizite einer gemeinschaftsrechtsspezifischen Definition	41
I. TEIL: DIE ANWENDUNG DES VERHÄLTNISSMÄßIGKEITSPRINZIPS IM RAHMEN VON MAßNAHMEN DER GEMEINSCHAFTSORGANE	43
A. Theoretischer Hintergrund einer variierenden Kontrolldichte in Abhängigkeit von dem Ermessensspielraum der jeweiligen Gemeinschaftsmaßnahme	43
I. theoretischer Hintergrund - allgemeine, die Kontrolldichte bestimmende Faktoren	44
1. Differenzierung der Kontrolldichte gemäß dem gemeinschaftlichen Autor der Maßnahme	44
2. Differenzierung der Kontrolldichte aufgrund der Normenhierarchie	45
3. Differenzierung der Kontrolldichte gemäß dem Inhalt der Maßnahme	45
II. theoretischer Hintergrund - Gemeinschaftsrechtlicher Zusammenhang	45
1. die vertragliche Ausgangslage bei der Kontrolldichte	45
2. konkrete Relevanz für die Kontrolle von Gemeinschaftsmaßnahmen	46
a. formelle, normenhierarchische Abgrenzung	46
b. inhaltliche Abgrenzung	46
B. Verhältnismäßigkeit auf dem Gebiet der Gemeinsamen Agrarpolitik	47
I. Problemstellung und Prüfungsreihenfolge	47
II. geringe Kontrolldichte gegenüber Maßnahmen des Gemeinschaftsgesetzgebers - frühe Stellungnahmen im Rahmen von währungstechnischen Ausgleichszahlungen	48
1. Kontrollintensität in den Entscheidungsgründen des Gerichtshofs	49

2. allgemeine Bestätigung der reduzierten Kontrolldichte angesichts von Maßnahmen des Gemeinschaftsgesetzgebers	50	
3. Stellungnahme - Evidenzkontrolle für Maßnahmen des Gemeinschaftsgesetzgebers	51	
a. Problematik der Übertragung aus dem französischen auf den gemeinschaftlichen Kontext	51	
b. Funktionswandel der Evidenzkontrolle in der Rechtsprechung	52	
c. Auswirkung der Evidenzkontrolle auf die Prüfung der übrigen Teilstufen	53	
III. Intervention des Gemeinschaftsgesetzgebers zur Kontrolle von Produktionsmengen: Beihilfen und besondere Abgabepflichten	53	
1. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zur Bekämpfung der Überschussproduktion - Elemente eines großzügigen Kontrollmaßstabs	54	
a. Defizite in der Urteilsbegründung bei der Erforderlichkeitsprüfung	54	
b. Einschätzungsprärogative der Kommission bei der Wahl der protektiven Maßnahme	55	
c. Evidenzkontrolle und quantitative Betroffenheitsgesichtspunkte	55	
aa. Verzicht auf jegliche Sachprüfung	55	
bb. quantitative Betroffenheitsgesichtspunkte	56	
cc. Stellungnahme - systemwidrige Verkürzung auf die erste Teilstufe, fragwürdige Quantität	57	
d. Beweislast für die offensichtliche Unangemessenheit sowie für Alternativmaßnahmen bei Kläger des Ausgangsverfahrens	58	
aa. Urteilsbeispiele	58	
bb. Stellungnahme	59	
e. Leerlauf der Wesensgehaltsprüfung - defizitärer Grundrechtsschutz	59	
aa. späte Entwicklung eines gemeinschaftlichen Grundrechtsschutzes - beibehaltene Ersatzfunktion der Verhältnismäßigkeit	60	
bb. systematische Einordnung der Wesensgehaltsgarantie	62	
cc. inhaltliche Konturlosigkeit der Wesensgehaltsprüfung	63	
2. ausnahmsweise Unverhältnismäßigkeit eines Gemeinschaftsakts	64	
a. Entscheidungsgründe des Gerichtshofs in den Magermilchpulverfällen	64	
b. Stellungnahme zur ungewöhnlich strengen Kontrolldichte bei den Magermilchpulverfällen	65	
aa. implizite Evidenzkontrolle einer wirtschaftspolitischen Ermessensentscheidung	65	
bb. Doppelverstoß gegen die Verhältnismäßigkeit und die Nichtdiskriminierung	66	
cc. kursorische Prüfung der Erforderlichkeit	66	
dd. faktischer, rechtspolitischer Hintergrund der Entscheidungen	67	
c. wiederholte Gemeinschaftswidrigkeit einer Schutzmaßnahme - die Pilzfälle	67	
aa. Ungültigkeit der Verordnung hinsichtlich der Höhe der Zusatzbeträge	67	
bb. erneute Unverhältnismäßigkeit der geänderten Verordnung	68	
cc. Stellungnahme	68	
3. Abgrenzung zwischen Verhältnismäßigkeit und Ermessen - erweiterte Evidenzprüfung	69	
a. Unterscheidung zwischen Kontrolle der Motivation der Maßnahme und deren objektiver Rechtfertigung	70	
b. differenzierende Prüfung der ersten und zweiten Verhältnismäßigkeitsstufe	70	
4. Zwischenergebnis	71	
IV. Kautionsverfall als gemeinschaftliche Verwaltungsmaßnahme	72	
1. Rechtsnatur des Kautionsystems und Bedeutung der Verhältnismäßigkeit	72	
a. "Freiwilligkeit" der Kautionsstellung als fragwürdiges Angemessenheitskriterium	73	
b. Verhältnismäßigkeit statt "höherer Gewalt"- Rechtsfolgenvergleich	74	
c. Internationale Handelsgesellschaft als Beispiel einer systematisch wie inhaltlich fragwürdigen Prüfung der zweiten und dritten Teilstufe der Verhältnismäßigkeit	74	
2. einzelne inhaltliche Kriterien der Kontrollintensität	75	
a. Errichtung oder konkrete Anwendung des Kautionsystems	76	
b. relative Höhe des verfallenen Kautionsbetrags	76	
c. Verletzung einer Primär- oder Sekundärpflicht und Pauschalität der Sanktion	77	
aa. Unverhältnismäßigkeit der Gemeinschaftsmaßnahme	77	
bb. Verhältnismäßigkeit der Gemeinschaftsmaßnahme	79	
d. Beurteilung der Dauer der Fristüberschreitung in Abhängigkeit von dem Maßnahmeziel	80	
aa. Unverhältnismäßigkeit des Kautionsverfalls wegen geringer Fristüberschreitung	81	
bb. Verhältnismäßigkeit des Kautionsverfalls trotz nur geringer Fristüberschreitung	81	

C
gI
I

3. Zwischenergebnis	83
V. gemeinschaftliche Maßnahmen im Interesse des Gesundheitsschutzes	84
1. geringe Kontrolle des Gemeinschaftsgesetzgebers beim Gesundheitsschutz	84
a. weites Gemeinschaftsermessen	84
b. Angemessenheitsprüfung zwischen Anspruch und Wirklichkeit	85
2. gesundheitliche Schutzmaßnahmen der Kommission	86
a. Exportverbot der BSE-Fälle	86
b. weitgreifender Importbann	87
3. Zwischenergebnis	87
VI. Zwischenergebnis	88
C. Die Bananenmarktordnung als spezielles Beispiel einer weing intensiven Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenüber dem Gemeinschaftsgesetzgeber	90
I. Hintergrund	90
II. der Bananenmarktfall	91
1. Entscheidungsgründe	91
a. Eingriff in die Berufsfreiheit	91
b. die Verhältnismäßigkeit als Gradmesser für den Schutz-Standard der Berufsfreiheit	91
2. Stellungnahme - defizitärer Grundrechtsschutz, mangelnde Verhältnismäßigkeitsprüfung	92
a. Unvollständigkeit der Prüfung - Evidenzkontrolle	93
aa. faktischer Ausfall der Erforderlichkeitsstufe	93
bb. Vernachlässigung der Eingriffstiefe als Verhältnismäßigkeit i.e.S.	93
b. Einzelbetrachtung - verkürzter Individualschutz mangels effektiven Angemessenheitstests	94
aa. Wesensgehaltsprüfung außerhalb der Verhältnismäßigkeit	94
bb. Missachtung der Grundrechtsperspektive - defizitärer Grundrechtsschutz	94
cc. Kontinuität einer Rechtsprechungspraxis	96
dd. Eigenart der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsdogmatik	96
(1) fehlende Schutzbereichsbestimmung nicht innerhalb der Verhältnismäßigkeit ausgeglichen	96
(2) problematische Interessenabwägung ohne Bestimmung des Schutzbereichs	96
(3) defizitärer Verhältnismäßigkeitstest angesichts eines undifferenzierten Gemeinschaftsvorbehalts	97
III. weitere Entscheidungen	97
1. hinsichtlich der Bananenmarktordnung insgesamt	98
2. das Urteil T. Port - ein Ausweg über die Härtefallklausel?	98
a. Entscheidungsgründe	98
b. Stellungnahme	99
aa. Rolle der Verhältnismäßigkeit	99
bb. die Härtefallregelung als fragwürdiger Ausweg aus einem Kontrolldichtedefizit	99
(1) nur faktische Entschärfung des Bananenstreits durch das EU-freundliche Urteil des BVerfG	100
(2) restriktive Auslegung der Härtefallklausel	101
(3) Härtefallregelung als unzulässige salvatorische Klausel für die Rechtmäßigkeit der VO als solcher	102
IV. Zwischenergebnis	102
D. Verhältnismäßigkeit und Kompetenzabgrenzung - die Kontrolle gemeinschaftlicher Harmonisierungsmaßnahmen	104
I. Abgrenzung zwischen Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität	104
II. Verhältnismäßigkeit und Reichweite gemeinschaftlicher Kompetenz - mitgliedstaatliche Nichtigkeitsklagen gegen gemeinschaftliche Harmonisierungsnormen	105
1. zurückhaltende Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenüber Harmonisierungsmaßnahmen	106
a. Evidenzkontrolle	106
b. Absehen von der Angemessenheitsprüfung	106
c. keine Berücksichtigung der grundfreiheitlichen Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers	107
aa. Evidenzkontrolle und Anerkennung wirtschaftlicher Gesichtspunkte	107
bb. Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten	108

2. erste Bewertung des EuGH nach der vertraglichen Fixierung der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit als Kriterien der Kompetenzabgrenzung -die Urteile zur Arbeitszeit- und EinlagensicherungsRL	109
a. Subsidiaritätsüberprüfung als Evidenzkontrolle	109
b. Zurückhaltung bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung	110
c. Stellungnahme - Bestätigung der zurückhaltenden Kompetenzabgrenzungskontrolle	110
3. Stellungnahme - Harmonisierungsmaßnahmen und mitgliedstaatliche Beanstandung - verfahrensrechtliche Rechtfertigung des großzügigen Kontrollmaßstabs des EuGH	111
III. Zwischenergebnis	112
E. Zusammenfassung	113
I. Ermessensprüfung	113
II. Anwendung der Verhältnismäßigkeit im Spiegel der Normenhierarchie	113
1. Verhältnismäßigkeitskontrolle gegenüber dem Gemeinschaftsgesetzgeber	114
2. Akte des direkten Gemeinschaftsvollzugs	115
III. Prüfungspraxis der Teilstufen - defizitärer Grundrechtsschutz	116
IV. Prüfungsstufen - Entwicklung	117
V. Verhältnismäßigkeit und Diskriminierungsverbot	117
VI. Zweitfunktion der Verhältnismäßigkeit - Prüfung horizontaler Kompetenzabgrenzung	118
2. TEIL: DIE ANWENDUNG DES VERHÄLTNISSMÄßIGKEITSPRINZIPS BEI MAßNAHMEN DER MITGLIEDSTAATEN – INDIREKTER GEMEINSCHAFTSVOLLZUG	119
A. Problemstellung und Prüfungsreihenfolge	119
B. Mitgliedstaatliche Sanktionen als Maßnahmen des indirekten Gemeinschaftsvollzugs	119
I. mitgliedstaatliche Strafbewehrung bei indirektem Gemeinschaftsvollzug und doppelte Funktion der Verhältnismäßigkeit - abstrakte Darstellung	120
II. Kontrolle mitgliedstaatlicher Strafbewehrung bei indirektem Gemeinschaftsvollzug	120
1. typische Sachverhaltskonstellationen und Entscheidungsgründe	120
2. doppelter Kontrollmaßstab - Gleichklang mit innerstaatlichen Sanktionen, Angemessenheit	121
3. Auswirkung der dreidimensionalen Interessenabwägung auf den Kontrollmaßstab	122
4. verfahrenstechnische Auswirkung der mitgliedstaatlichen Ausführungsverwaltung	122
III. Sonderfall des indirekten Gemeinschaftsvollzugs - Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Jugoslawienembargo	123
1. Entscheidungsgründe	123
2. Stellungnahme - eine politisch motivierte Verhältnismäßigkeitsprüfung?	124
IV. Zwischenergebnis	125
3. TEIL: DIE ANWENDUNG DES VERHÄLTNISSMÄßIGKEITSPRINZIPS BEI MAßNAHMEN DER MITGLIEDSTAATEN – DIE WARENVERKEHRSFREIHEIT	126
A. Allgemeiner Überblick	126
I. Systematik der Grundfreiheiten im allgemeinen und Rolle der Verhältnismäßigkeit	126
II. Die Warenverkehrsfreiheit: traditionelles Testfeld der Abwägung von Individualfreiheiten	127
B. Anwendung innerhalb der Ausnahmenvorschriften des Art. 30 EGV	128
I. Öffentliche Sittlichkeit	129
II. Öffentliche Sicherheit und Ordnung	130
1. Grundproblem	130
a. Präzisierung der Interessenkollision	130
b. Einengung des Ausnahmetatbestandes auf abstrakter Ebene über die Angemessenheit	130
2. eine prinzipiell geringe Kontrolldichte	132
a. Evidenzkontrolle im klassischen Souveränitätsbereich der Militärpolitik	132
b. systemwidrige Berücksichtigung wirtschaftlicher Belange - Campus Oil und Rohölreserven	133
aa. Rechtfertigung wirtschaftlicher Belange mittels der Verhältnismäßigkeitsprüfung	133

bb. Aushöhlung von Sekundärrecht mittels Erforderlichkeit - "unbedingte Gewissheit"	134
cc. keine Korrektur der geringen Kontrolldichte - Rückgriff auf die Darlegungslast	135
c. Zurückweisung einer Rechtfertigung lediglich über die Beweislast	135
3. Einengung mitgliedstaatlichen Handlungsspielraums - intensivere Kontrolle innerhalb der Erforderlichkeit in jüngsten Entscheidungen - uneinheitliche Rechtsprechung?	136
a. konsequente Notwendigkeitsprüfung in Bank of England	136
aa. Berücksichtigung von Sekundärrecht als Ausdruck einer normalen Kontrollintensität	137
bb. weitere Differenzierung der Kontrolldichte in Abgrenzung zu vergleichbaren gemeinschaftlichen Beschränkungen	138
b. spezifisch systematische Gründe für die Unverhältnismäßigkeit der öffentlichen Sicherheit	138
aa. Grundrecht statt Grundfreiheit als Schutzgut	139
bb. Sekundärrecht als konkreter Bemessungsmaßstab	139
III. Gesundheitsschutz	140
1. Überblick und Gang der Untersuchung	140
2. der grundsätzliche Ansatz des EuGH - Tendenz zu einer Verschärfung der Kontrolldichte	141
3. Differenzierungskriterien innerhalb der Erforderlichkeit	142
a. weitreichende Kooperationspflicht und Doppelbeschränkungsverbot	142
aa. aktive Kooperationspflicht	143
bb. jüngste Anzeichen einer Abschwächung der Kooperationspflicht?	144
b. Alternativmaßnahmen zum Importverbot	145
c. Bedürfnisprüfung und supranationale wissenschaftliche Standards	145
d. Produktvielfalt	147
4. Beweislast und Verhältnismäßigkeit	148
a. Stand der wissenschaftlichen Forschung und Beweislastverteilung	148
b. exemplarische Entscheidungen	149
c. allgemeiner Zusammenhang zwischen Verhältnismäßigkeit und Beweislast	150
aa. Anforderung an die Beweislast für tatsächliches Vorliegen von Rechtfertigungsgründen	150
bb. differenzierte Beweislastverteilung innerhalb der zweiten Teilstufe	151
5. Zwischenergebnis	152
IV. Schutz von gewerblichem und kommerziellem Eigentum	152
1. Problemlage und entscheidungsrelevante Rolle der Verhältnismäßigkeit	153
2. Neuansatz in Ideal Standard - Herausbildung wesentlicher Markenfunktionen statt Einzelfallabwägung über die Verhältnismäßigkeit	154
a. Betonung kennzeichenrechtlich freundschaftlicher Markenfunktionen	154
b. wertungspolitischer Hintergrund der Distanzierung von der Verhältnismäßigkeit	155
c. Der Kontext einer Neuorientierung im Gewerblichen Rechtsschutz	156
V. Zwischenergebnis	157
C. Anwendung innerhalb der immanenten Schranken des Art. 28 EGV	158
I. Überblick	158
1. systematische Einordnung	158
2. Gang der Untersuchung	159
II. Die Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Festlegung des Anwendungsbereichs von Art. 28 EGV - Kompetenzabgrenzung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaat	159
1. die entscheidende Rolle der Verhältnismäßigkeit innerhalb der klassischen, weiten Formel	160
a. Cassis/Dassonville - Ausweitung zum allgemeinen Beschränkungsverbot	160
b. eine dreistufige Prüfung mit Schwerpunkt innerhalb der Verhältnismäßigkeit	161
c. Überlastung der Verhältnismäßigkeit	162
2. Neubewertungsversuch mittels Verhältnismäßigkeit: die Fälle des Sonntagsverkaufsverbot	162
a. Torfaen	163
b. Post-Torfaen	163
c. Stellungnahme - der unorthodoxe Ansatz innerhalb der Verhältnismäßigkeit	164
aa. ungewohnt reduzierte Kontrolldichte	164
bb. dogmatischer Widerspruch	165
cc. wertungspolitischer Beweggrund	165
3. Das Keck Urteil	166

a. Systematik - die neue Dichotomie	166
b. Stellungnahme - Rolle der Verhältnismäßigkeit	166
aa. dogmatische Zielrichtung bei Keck: typisierter, impliziter Verhältnismäßigkeitstest	167
(1) prüfungsdogmatische Selbstbeschränkung	167
(2) Ausparung einer inhaltlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung	167
bb. neuer Bezug der Verhältnismäßigkeit - partielle Rückkehr zum Diskriminierungsverbot	168
cc. wertungspolitischer Hintergrund	169
(1) formalistischer versus materieller Ansatz	169
(2) Definitionsschwierigkeiten bei "Verkaufsmodalitäten": kein Gewinn an Rechtsklarheit gegenüber der Verhältnismäßigkeitsprüfung	170
4. Tendenzen der post-Keck Rechtsprechung	171
a. Ladenöffnungszeiten - ohne Verhältnismäßigkeit zum bewährten Ergebnis	171
b. systematisch inkonsequente Anwendung des Neuansatzes	172
c. inhaltlich bedenkliche Vernachlässigung der Kontrolle vor verstecktem Protektionismus	172
aa. Gefahr einer gemeinschaftsweiten Marktaufteilung in Leclerc	172
bb. Gefahr von als Verkaufsmodalität getarnten Handelsbeschränkungen	172
5. Zwischenergebnis	173
III. einzelne zwingende Erfordernisse: öffentliche Gesundheit und Verbraucherschutz	174
1. öffentliche Gesundheit	174
2. Verbraucherschutz	175
a. systematische Einordnung der Verhältnismäßigkeit und Bedeutung ihrer Teilstufen	176
b. Erforderlichkeitsprüfung - Etikettierung als Alternativmaßnahme	176
aa. Grundsatz	177
bb. die aktive Rolle des EuGH - Vorrang der Verbraucherinformation	177
cc. Prantl als Beispiel eines gemeinschaftswidrigen Verbots	178
dd. Spezialproblem der Etikettierungspflicht in der Sprache des Absatzortes	178
(1) Grundsatz: keine Unterbewertung der Sprachfähigkeit der Verbraucher	179
(2) Meyhui als Kehrtwende zu einem strengeren Verbraucherschutzniveau?	179
(3) Stellungnahme - uneinheitliche Verhältnismäßigkeitsprüfung	179
c. Festlegung des Verbraucherschutzstandards	180
aa. Rechtsvergleichung und Ursprungslandprinzip als rechtstechnische Verhältnismäßigkeitskriterien für das Niveau des Verbraucherschutzes	181
(1) Praxis des EuGH	181
(2) Stellungnahme	181
bb. Wirkung und konkrete Ausformung des gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherleitbildes	182
(1) Variabilität der Verhältnismäßigkeit	182
(2) notwendig entwicklungsfähige Verbrauchervorstellungen	182
(3) normativer contra empirischer Ansatz: Spielraum für die Verhältnismäßigkeit	184
(a) der Ansatz des EuGH	184
(b) Bestätigung des normativen Verbraucherleitbildes in Gut Springenheide	184
(c) Stellungnahme zur Konsequenz des Ansatzes für die Verhältnismäßigkeit	185
d. Auswirkungen von Keck auf den Verbraucherschutz bei grenzüberschreitender Werbung?	185
aa. grenzüberschreitende Werbung als produktbezogene Regelung - Durchsetzung des europäischen Verbraucherleitbildes über eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung	186
(1) Clinique	186
(2) Mars	186
(3) Ditta Fransa	187
bb. grenzüberschreitende Werbung als Verkaufsmodalität - Offenhalten einer Verhältnismäßigkeitsprüfung in De Agostini	188
(1) Empfehlung von GA Jacobs	188
(2) Entscheidungsgründe	189
(3) Bewertung	189
(a) einheitlicher Rechtfertigungsgrund	189
(b) Vermutung einer Verkaufsmodalität	190
cc. Differenzierung der Keckschen Fallgruppen bei grenzüberschreitender Werbung - Kontrolle "leaner but meaner"	191

(1) Überblick	191
(2) grundsätzliche Abgrenzung	191
(3) Einschränkung der als Verkaufsmodalität eingestuften Beschränkung: Beweislastverteilung als mögliche Rückkehr zur Verhältnismäßigkeitsprüfung	192
(4) Gesamtbewertung	192
3. essentielle Verhältnismäßigkeitsprüfung bei neugeschaffenen zwingenden Erfordernissen	193
a. Gewinnung vollständiger Erkenntnisse über die innergemeinschaftlichen Warenströme als im Ergebnis verhältnismäßiges zwingendes Erfordernis	193
aa. Prüfung des EuGH	193
bb. Stellungnahme	194
b. Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit als im Ergebnis tatbestandlich nicht erfülltes zwingendes Erfordernis	194
c. Aufrechterhaltung der Medienvielfalt als unverhältnismäßiges zwingendes Erfordernis	195
aa. fallentscheidende, strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit	195
bb. Stellungnahme	196
IV. Zwischenergebnis	197
4. TEIL: DIE ANWENDUNG DER VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT BEI MAßNAHMEN DER MITGLIEDSTAATEN - DIE ÜBRIGEN GRUNDFREIHEITEN	198
A. Verhältnismäßigkeit auf dem Gebiet der Arbeitnehmerfreizügigkeit	198
I. Überblick	198
1. der hinter der gesetzlichen Regelung stehende Interessenkonflikt	198
2. spezifischer Anknüpfungspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung	199
3. Gang der Untersuchung	200
II. Erweiterung von Art. 39 Abs. 2 EGV hin zum Beschränkungsverbot	200
1. mittelbare Diskriminierungen: Eröffnung der Verhältnismäßigkeitsprüfung	200
a. systematisch unklares Rechtfertigungsschema	200
b. wechselhafte Kontrolldichte: das Beispiel der Fremdsprachenlektoren	200
2. nichtdiskriminierende Maßnahmen	202
a. Bosman und die Aktualität der Verhältnismäßigkeit	202
b. Stellungnahme	203
III. Die Verhältnismäßigkeit als bestimmender Faktor der Reichweite des Freizügigkeitsrechts in Art. 39 Abs. 3 EGV - Kontrolle der ordre public Vorbehalte	203
1. Eindämmung der ordre public Vorbehalte über die Verhältnismäßigkeitsprüfung	204
a. wesentliche Beschränkung als unscharfer Erforderlichkeits- bzw. Angemessenheitsaspekt	204
aa. Bezugnahme auf die EMRK	204
bb. Exkurs - Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten - Relevanz der Verhältnismäßigkeit	205
b. Verhältnismäßigkeit und die Bezugnahme auf das Nichtdiskriminierungsgebot	206
aa. Entscheidungsgründe in Adoui	206
bb. Stellungnahme	207
(1) Systematische Abgrenzung von Verhältnismäßigkeit und Nichtdiskriminierung	207
(2) Abkehr von Van Duyn	207
2. Ausländerrecht - strenge Kontrolle mitgliedstaatlicher Maßnahmen mit Strafcharakter	208
a. Ablehnung einer schlichten Evidenzkontrolle	208
aa. Vorschlag einer Evidenzkontrolle	208
bb. umfassende Wesentlichkeitskontrolle	209
(1) Ausweisung als Sanktion	209
(2) sonstige Strafmaßnahmen in Folge eines Verstoßes gegen formelle Aufenthaltsnormen	209
cc. Stellungnahme - Parallelität zur strengen Kontrolle bei den Kautionsfällen	210
3. Aufenthaltsrechtliche Fristen - flexible Kontrolle über die Verhältnismäßigkeit	211
a. zeitliche Begrenzung des Aufenthaltsrechts zur Bewerbung	211
b. nur mittelbarer Bezug zur Arbeitnehmerfreizügigkeit - Frist zur Führerscheinumschreibung	211
4. Unverhältnismäßigkeit der Ausweisung als innerstaatliche Sanktion aufgrund der passiven Dienstleistungsfreiheit	212
a. Entscheidungsgründe in Calfa	212

b. Stellungnahme - Beanstandung einer rein innerstaatlichen Sanktion aufgrund der passiven Dienstleistungsfreiheit - auf dem Weg zu einem allgemeinen Aufenthaltsrecht	213
IV. Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung nach Art. 39 Abs. 4 EGV	214
V. Zwischenergebnis	215
B. Verhältnismäßigkeit auf dem Gebiet der Dienstleistungsfreiheit	216
I. Überblick	216
1. Stellenwert der Dienstleistungsfreiheit	216
2. wandelnde Bedeutung der Verhältnismäßigkeit - Absicherung des auf die Nichtdiskriminierung erweiterten Anwendungsbereichs; einzelfallbezogene Bestimmung	217
a. Verhältnismäßigkeit im System der Dienstleistung als Beschränkungsverbot	217
b. Abkehr vom reinen Beschränkungsverbot - einzelfallbezogene Kontrolle des Anwendungsbereichs über die Verhältnismäßigkeit	217
3. Prüfungsreihenfolge	217
II. Verhältnismäßigkeittest anhand der Duplizität	218
1. grundsätzliche Relevanz der Duplizität in Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit	218
2. Doppelbeschränkungsverbot bei eindeutig nichtdiskriminierenden Maßnahmen	219
a. weiter Kreis an Rechtfertigungsgründen des Allgemeininteresses	219
b. Verstoß gegen das Doppelbeschränkungsverbot	220
c. Duplizität und Verhältnismäßigkeit - systematische Einordnung	222
III. Differenzierung der Kontrolldichte und Aufweichung des Duplizitätselementes	223
1. eingehende Prüfung der Verhältnismäßigkeit mit unterschiedlichen Ergebnissen	224
a. Entscheidungsgründe in Säger und Alpine Investment	224
b. Stellungnahme - intensiver Prüfungsmaßstab trotz Relativierung des Ursprungslandprinzips	225
2. defensiver Ansatz gegenüber Maßnahmen mit gesellschaftspolitischen Implikationen	226
a. Grogan	226
aa. Ausparung der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den Gerichtshof	226
bb. die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Generalanwalts bei Grundrechtskonflikten	227
(1) Ermessensspielraum bei Grundrechtskonflikt	227
(2) Stellungnahme - ein differenzierter Bewertungsmaßstab	227
cc. Stellungnahme: Verhältnismäßigkeit als Ansatzpunkt für richterliche Werturteile	228
(1) externer Bezugspunkt des Verhältnismäßigkeits-tests	228
(2) gegensätzliche Positionen zweier europäischer Gerichte	229
(3) vermiedene Stellungnahme zu einer rechtspolitischen Grundentscheidung	230
(4) Klarstellung mitgliedstaatlicher Souveränität in der Abtreibungsfrage durch Protokoll Nr. 17 zum Maastrichter Vertrag	230
b. Schindler	231
aa. Entscheidungsgründe und systematisch abweichender Vorschlag des Generalanwalts	231
bb. Stellungnahme	231
3. Stellungnahme - ein einheitlicher, zu vereinbarenden Ansatz?	231
a. inhaltliche Abgrenzung - (innen)politische Wertentscheidung	232
b. formelles Abgrenzungskriterium - Totalverbot	233
c. kritische Stellungnahme - Aufweichung des Duplizitätskriteriums für Totalverbote und innerstaatliche Quasi-Monopolbetriebe	233
aa. weites mitgliedstaatliches Ermessen im Glücksspielbereich trotz fehlenden Totalverbots	233
bb. Ausdehnung der geringen Kontrolldichte auf nichtpolitische Fallkonstellationen	234
cc. Stellungnahme - partielle Abkehr von einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung	235
IV. Zwischenergebnis	236
C. Verhältnismäßigkeit auf dem Gebiet der Niederlassungsfreiheit	238
I. Überblick: Späte Erweiterung zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot, beschränkte Bedeutung der Verhältnismäßigkeit	238
II. Verhältnismäßigkeit und indirekte Diskriminierung - Verbot von Zweigniederlassungen	239
1. Entscheidungsgründe in Klopp	239
2. Stellungnahme: Systematisch unscharfe, faktisch strenge Verhältnismäßigkeitskontrolle	240
III. Verhältnismäßigkeit im Rahmen nichtdiskriminierender Maßnahmen	240

1. dogmatisch ungewöhnliche Ableitung des Herkunftslandprinzips - Ausklammerung der Verhältnismäßigkeit	241
2. Einschwenken auf die klassische Schrankenprüfung mit strengem Verhältnismäßigkeitstest	241
IV. Ausdehnung der Niederlassungsfreiheit mittels Verhältnismäßigkeit - Niederlassungsrecht der Gesellschaften	242
1. Hintergrund und Inhalt der Centros-Entscheidung	243
2. Erweiterung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften aufgrund einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung	244
V. Zwischenergebnis	244
D. Die Konvergenz der Grundfreiheiten in der Bedeutung für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	245
I. inter-grundfreiheitsliche Konvergenz: Keck jenseits der Warenverkehrsfreiheit	245
1. Arbeitnehmerfreizügigkeit	246
2. Dienstleistungsfreiheit	246
3. Niederlassungsfreiheit	247
4. Zwischenergebnis	247
II. inter-grundfreiheitsliche Konvergenz: auf dem Weg zu einem "Global Approach" - Grundfreiheiten als allgemeine Beschränkungsverbote	248
1. systematisch günstige Voraussetzungen einer Konvergenz	248
2. bewusster Gleichklang der Grundfreiheiten in der jüngsten Rechtsprechung	249
a. Gleichklang der Grundfreiheiten	249
b. Begründung der Konvergenz durch Generalanwältinnen	250
III. grundfreiheitsinterne Konvergenz - Tendenzen zur prüfungssystematischen Vereinheitlichung von Legalausnahmen und zwingenden Erfordernissen	251
1. Verhältnismäßigkeitsprüfung anstelle einer Diskriminierungskontrolle	252
2. Abkehr vom Diskriminierungselement	252
a. Unklarheit unter den Generalanwältinnen	252
b. das widersprüchliche Urteil ICI als Hinweis auf einen systematischen Gleichklang diskriminierender und nichtdiskriminierender Maßnahmen	252
aa. systematisch überraschende Behandlung zweier Rechtfertigungsgründe	253
bb. Stellungnahme	253
c. Bestätigung der Entdifferenzierung nach dem Diskriminierungscharakter	254
IV. Konsequenzen der dreifachen Konvergenz insbesondere im Hinblick auf den gewachsenen Stellenwert der Verhältnismäßigkeitsprüfung	256
1. widersprüchliche Rechtsprechungstendenzen als Folge der Parallelität der Grundfreiheiten	256
a. Ausweitung mitgliedstaatlicher Regelungskompetenz	256
b. Beschränkung mitgliedstaatlicher Regelungsgewalt	257
c. Auflösung des (nur scheinbaren) Widerspruchs in der Rechtsprechung	257
2. die gesteigerte Rolle der Verhältnismäßigkeitsprüfung - notwendiges Entdifferenzierungselement angesichts umfassender Konvergenz	258
a. Anpassung des Schrankenregimes für mitgliedstaatliche Grundfreiheitsbeschränkungen an die Rechtfertigungskontrolle gemeinschaftlicher Grundrechtsbeschränkungen	258
b. Verhältnismäßigkeit als klassischer Kontrollparameter mitgliedstaatlicher Beschränkungen	259
c. Druck auf die Verhältnismäßigkeit durch den Abgrenzungszwang zwischen den einzelnen Grundfreiheiten	260
aa. struktureller Unterschied der einzelnen Grundfreiheiten - funktionelle Abgrenzung zwischen Dienst- und Niederlassungsfreiheit	260
bb. Verhältnismäßigkeit als Differenzierungselement	261
V. Zwischenergebnis	261
E. Zusammenfassung zur Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenüber mitgliedstaatlichen grundfreiheitsbeschränkungen	263
I. systematische Aspekte der Verhältnismäßigkeitsprüfung	263
1. zentrale Verortung des Verhältnismäßigkeitstests	264
2. rechtstechnische Mittel zur Umsetzung der Verhältnismäßigkeit	264
II. inhaltliche Differenzierung der Anwendung der Verhältnismäßigkeit	265

1. Differenzierung nach der Eingriffstiefe	265	
2. Differenzierung nach dem wirtschaftlichen oder gesellschaftspolitischen Hintergrund	266	
3. grundfreiheitsüberschreitende Differenzierung nach Rechtfertigungsgründen	266	
a. oberflächliche Kontrolldichte gegenüber dem ordre public	266	
b. Bewertung der unterschiedlichen Kontrolldichte mitgliedstaatlicher Rechtfertigungsgründe	267	
4. Differenzierung nach der Rechtsnatur der Maßnahme - indirekter Gemeinschaftsvollzug	268	
5. TEIL: KOMPLEXE GRÜNDE FÜR EINE UNTERSCHIEDLICHE KONTROLLDICHTEN BEI DER VERHÄLTNISSMÄßIGKEITSPRÜFUNG GEMEINSCHAFTLICHER SOWIE MITGLIEDSTAATLICHER MAßNAHMEN	269	
A. Allgemeiner Überblick	269	
I. Präzisierung der Fragestellung	269	
II. Gang der Untersuchung	270	
B. abstrakte Voraussetzungen für eine unterschiedliche Kontrolldichte nach der Autorenschaft der Maßnahme	270	
I. rechtssystematische Rahmenbedingung: gemeinschaftsrechtlicher "Drang" zum Rückgriff auf die strukturelle Offenheit der Verhältnismäßigkeit	270	
1. Offenheit des Rechtsprinzips vor dem Hintergrund des notwendig politischen Richters	271	
a. rechtsdogmatische Offenheit für richterliche Wertungen und zwangsläufige Wertorientiertheit der Abwägung als theoretische Vorgabe und Ansatz für Kritik	271	
aa. Verhältnismäßigkeit als Generalklausel	271	
bb. Wertungsoffenheit der Teilstufen	272	
b. die notwendige Verwobenheit von Rechtsfindung und Politik	273	
aa. Realitätsferne des Konzepts eines wertneutralen Richters	273	
bb. gemeinschaftsrechtsspezifische Notwendigkeit eines "politischen" EuGH	274	
2. richterlicher Entscheidungsdruck angesichts eines neugeformten Rechtssystems - gemeinschaftsrechtsspezifische Gründe für den vermehrten Rückgriff auf die Verhältnismäßigkeit	275	
a. Entscheidungsdruck angesichts geringer Kodifizierung	275	
aa. Relevanz des EuGH in der Gemeinschaftsordnung	275	
bb. die Verhältnismäßigkeit als willkommenes Rechtsinstitut des EuGH	277	
b. willkommener case-law-Ansatz der Verhältnismäßigkeit	277	
c. EU-Grundrechtssystematik verstärkt die Bedeutung der Verhältnismäßigkeit	277	
d. gemeinschaftsrechtliches Problem einer Rechtsdogmatik an sich - Verhältnismäßigkeit als strukturell offene Kompromissformel verschiedener Rechtstraditionen	278	
II. prozessuale Rahmenbedingung: unterschiedlicher Prüfungskontext	279	
1. prozessuale Unterscheidung	279	
2. Exkurs - Verhältnismäßigkeitsprüfung und Vorabentscheidungsverfahren	280	I
III. historische Rahmenbedingung: unterschiedlicher Zeitpunkt und Intensität des Rückgriffs auf die Verhältnismäßigkeit nach dem Maßnahmeautor	281	E
C. mögliche Gründe für eine Differenzierung der Kontrolldichte zwischen mitgliedstaatlichen und gemeinschaftlichen Maßnahmen	282	I
I. Kontext der weiteren Untersuchung	282	
II. objektive Unterscheidungsgründe aufgrund der Rechtsnatur der Maßnahmen	282	
1. Unterscheidung in der Rechtsfolge der Unverhältnismäßigkeit	283	
2. inhaltliche Unterscheidung - Regelungsgegenstand	283	
3. unterschiedliche Wirkung: marktsegmentierende mitgliedstaatliche Eingriffe gegenüber binnenmarktorientierten Gemeinschaftsmaßnahmen	283	
a. Wirkung und Rechtsnatur der mitgliedstaatlichen Beschränkungen von Grundfreiheiten	283	
b. Wirkung und Rechtsnatur der gemeinschaftlichen Regelungen	285	
aa. prinzipiell fehlender Partikularisierungs- und Diskriminierungscharakter	285	
bb. primärrechtliche Besserstellung	285	
cc. strukturelle Besonderheiten gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes	286	
dd. Stellungnahme - Individualrechtsgefährdung unabhängig vom Maßnahmeautor	286	

4. Unterschied aufgrund der spezifischen Nähe der Verhältnismäßigkeit zum Diskriminierungsverbot bei der Kontrolle mitgliedstaatlicher Beschränkungen	287
a. funktionelle Ähnlichkeit zwischen Verhältnismäßigkeit und Diskriminierungsverbot	287
b. Schwerpunktverschiebung der Schranken-Schranke-Prüfung hin zur Verhältnismäßigkeit	287
c. Wertungs- und Beurteilungsspielraum innerhalb der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der zu Beschränkungsverboten erweiterten Grundfreiheiten	288
5. Unterschied in der Schutzrichtung: Gemeinschaftsschutz neben Individualschutz - Dreidimensionalität bei der Kontrolle mitgliedstaatlicher Maßnahmen	288
6. unterschiedlicher normenhierarchischer Kontext: gerichtliche Zurückhaltung gegenüber dem Gemeinschaftsgesetzgeber als Ausdruck der Funktionsteilung zwischen gemeinschaftlicher Judikative und Legislative	289
III. subjektiv-rechtspolitische Unterscheidungsgründe	292
1. die Kontrolldichte der Verhältnismäßigkeitsprüfung und die grundsätzlich teleologisch gerechtfertigte Beeinflussung durch Integrationspolitik	292
a. Selbstverständnis des EuGH als Integrationsfaktor	293
b. vertragliche Verankerung der Integration	293
c. strukturelle Gebotenheit, den Integrationsaspekt teleologisch umzusetzen	294
2. integrationspolitische Aspekte als Grundlage einer strengen Kontrolle mitgliedstaatlicher Beschränkungen der Grundfreiheiten	295
a. historisch wechselnde Tendenzen einer Integrationspolitik	295
aa. Integrationsförderung durch den Gerichtshof	295
bb. Spuren einer revidierten Praxis - generelle jüngste Rechtsprechungstendenz der Abkehr von einer aktiven Integrationsförderung neben Fortsetzung der Integrationsfreudigkeit	296
b. Steuerung der Integrationstiefe über die Verhältnismäßigkeit	299
aa. Orientierung der Verhältnismäßigkeitskontrolle an der politischen Integrationstiefe	299
bb. Integration als zusätzliches Kontrollmotiv - Derregulierungsbestreben	299
cc. Keck in der Interpretation als rechtspolitische Vorsichtsmaßnahme	300
3. Integrationspolitische Aspekte als Grundlage einer großzügigen Kontrolle gemeinschaftlicher Maßnahmen	301
a. grundlegende Integrationsfreudigkeit der Richter am EuGH	301
b. die allgemeinen Rechtsprinzipien als juristisches Instrumentarium der Integrationspolitik	302
c. Integrationspolitik des Gerichtshof als Kompensierung institutioneller Schwäche	303
d. notwendig aktive Rolle des EuGH durch zunehmende Befassung	303
e. Zurückhaltung gegenüber gemeinschaftlicher Kompromissformel auf politischer Ebene	304
f. Respekt gegenüber Demokratisierungsprozess der Gemeinschaftsnormen	305
g. rechtshistorisch motivierte Zurückhaltung trotz vertraglichen Handlungsspielraums	305
h. sonstige Facetten einer aktiv-integrationsfreundlichen Haltung des EuGH	306
D. Zusammenfassung	307
ERGEBNIS	309
LITERATURVERZEICHNIS	322